

環境行政訴訟の本案勝訴要件と環境アセスメント是 正：米国 police power 及び public trust doctrine の概念を参考にして

著者	横山 丈太郎
雑誌名	山梨学院大学法学論集
巻	72・73
ページ	370-418
発行年	2014-03-10
URL	http://id.nii.ac.jp/1188/00002963/

論 説

環境行政訴訟の本案勝訴要件と環境アセスメントの是正—
米国 police power 及び public trust doctrine の概念を参考にして

横山丈太郎

I. 序

本稿は、「個人の生命・健康・財産の被害に関わらない環境保護」¹⁾という関心（以下、「環境保護関心」という）を現在の我が国で実現するためには、現行の環境訴訟²⁾の活用に腐心することではなく、政策決定プロセス（環境アセスメント）を正常・活発に機能させるための立法をおこなうことが本筋である、と結論づけるものである。そして、この結論に至るうえで特に、米国の police power（規制権限³⁾）及び public trust doctrine（公共信託理論⁴⁾）の両概念に関する判例・論文を参考に、「環境保護関心」は、立法がない限り、行政裁量の逸脱・濫用をもたらさない旨、論じるものである。

II. 米国 police power 及び public trust doctrine の概念について

以下に、米国における police power と public trust のそれぞれの概念および両者の関係に関する判例・学説を概説する。続いて、police power の権限内の適法な規制か否かの審査においても、public trust doctrine に反

しない適法な行政行為か否かの審査においても、いずれも、公益目的と被侵害利益との利益衡量が軸となるのは同じであり、ただ public trust doctrine の場合は、市民が持つ強い利害関係に重きが置かれる結果、審査基準が厳格となる、という整合的理解を試みる。

1. police power について

(1) police power とは

police power とは、①公共の福祉の保護及び促進を直接に目的とし、②それらを制約及び強制により実現する、という二つの性質を少なくとも持つものである⁵⁾。よって、「警察権能」という日本語訳⁶⁾は本稿では使用しない。“police”なる語は裁判例において、州内の商業取引、衛生・安全、裁判所の設置及び犯罪の処罰を含む、内政及び主権の全体、不特定の立法措置の集合と同一視されている⁷⁾。

この police power は、不必要な環境の危害及び人の衛生・福祉に対する関連リスクを防止する政府の権限の、最も根本的な源である、という理解が現在定着している⁸⁾。ハーラン裁判官 (Justice John Marshall Harlan) の時代 (1877-1911) には酒、売春、化学肥料、レンガ工場などの有害な物事の規制のような、基本的な役割に概ね限定されていたが⁹⁾、環境及び自然資源の問題に対する社会的関心と意識の高まりに応じて発展してきた¹⁰⁾。

(2) police power の範囲

自然保護についてもかつては police power の射程外とされていたが¹¹⁾、Geer v. Connecticut, 161 U.S. 519 (1896) (1896年連邦最高裁判決) が、ミネソタ州最高裁判決¹²⁾やイリノイ州最高裁判決¹³⁾を引用しながら、猟鳥の保護は州の police power の範囲内であるとし、猟鳥の州外への移送を禁じるイリノイ州法を合憲とした¹⁴⁾¹⁵⁾。

この *Geer v. Connecticut* で合憲とされた州法は、猟鳥を保護することで人間による狩猟を継続させる、という、個人の生命・健康・財産の被害に関わる環境保護を目的（の一つ）としているはずである¹⁶⁾。そのため、個人の生命・健康・財産の被害に関わらない純粋な野生動植物保護を police power の射程内とする先例として *Geer v. Connecticut* を位置付けるのは完全に適切ではないだろう。しかし、その後、1954年連邦最高裁判決が、「police power が守る価値は、物質的なものだけでなく精神的なものを含み、金銭的なものだけでなく審美的なものを含む。社会が健康的であるだけでなく美しくあるべきであり、清潔であるだけでなく広々としているべきであり、よく警邏されるだけでなくバランスがとれているべきであると決定するのは、立法府の権限内のことである。」と判示した¹⁷⁾。また、野生動植物の保護が police power の射程内だとするカリフォルニア州控訴裁判所判決¹⁸⁾やコロラド州法¹⁹⁾があり、さらに、同趣旨の文献が見られる²⁰⁾。よって、野生動植物保護も police power の射程内であると理解されているといつてよいだろう。

そして、taking clause（公用収用条項、合衆国憲法第5修正（Fifth Amendment））²¹⁾が、police power の範囲に関する主戦場となっている²²⁾。（損失補償の可否について、下記3.（1）c.。）

2. public trust doctrine について

（1） public trust doctrine とは

public trust doctrine とは、一定の公共資源は政府が市民のために信託的に所有している公共財産である、とする判例法理論で²³⁾、環境への悪影響を熟慮できていない行政行為の審査を目的に²⁴⁾、信託を損なう政府の行為を制限するもの、とする判例が殆どであるが、信託にかかる資源を保護又は保存する積極的な義務を政府に課すもの、とする判例もある²⁵⁾。

public trust に関する、「最も名高い」²⁶⁾「今日に至るまで最も影響力をもっている」²⁷⁾判例が、Illinois Central Railroad Co. v. Illinois²⁸⁾（以下、「イリノイ・セントラル」という）である。同判例は、イリノイ州議会が立法により、シカゴの海岸沿いの海面下の土地を私企業に売却しようとしたのに対して、（公共の利益を促進するために使用される部分を除き、）信託による州の管理が失われたり譲渡されたりすれば、「公共の利益の重大な毀損（substantial impairment of the public interest）」になるとして²⁹⁾、当該立法を無効とした。

以降の判例はイリノイ・セントラルの論法に依拠しており³⁰⁾、それらの殆どが、信託資源の「重大な毀損」というイリノイ・セントラル基準を借用している。そうでない判例は、損なわれてよいのは信託資源の「僅少割合（small percentage）」のみであるとか、資源の「限定的侵害（limited encroachments）」にとどまるもののみ許される、と判示している³¹⁾。

（２） public trust doctrine の保護対象

この public trust doctrine が、保護対象として「環境保護関心」を含むかどうかは、我が国の解釈論（下記Ⅲ.2.（２））にとっても参考になると考える。そこで、public trust doctrine の保護対象となる資源の範囲について、以下に検討する。

この点、保護対象となる資源の範囲は、可航水域（navigable waters）及びその水底に限るという、「連綿と続く限定（“historical confines”）」が存在した³²⁾。これに対してサックス教授（Joseph L. Sax）は、1970年の論文において、より広い範囲の環境上の関心を保護対象として取り込めるはずだと論じた³³⁾。このサックス教授の論文を引き金として³⁴⁾、その後の裁判所は、public trust doctrine を、「連綿と続く限定」を超えて、環境を破壊する活動を止めるための訴訟において繰り返し援用するようになった³⁵⁾。

こうして判例において、public trust doctrine の保護対象は拡大したが、

その拡大にも一定の制約の傾向がある。以下、おもに Frank, *supra* note 27, at 671-680.において詳述されている、問題となる自然資源類型毎の分析を列挙して紹介する。

a. 内陸部の可航水域 (inland navigable waterways)

内陸部の可航水域とは例えば、河川や湖である。多くの判例が、(潮の干満のある水域と同様に) 完全に保護対象となるとしている³⁶⁾。

b. 水域へのアクセスのために必要な部分

水域へのアクセスのために必要な部分とは例えば、海水浴のために通る必要がある砂浜である。

いくつかの州が保護対象とする中、最も顕著なのがニュージャージー州である。同州最高裁判所は、public trust doctrine は公衆の水域へのアクセス権を保護しており、それが直近の公道から海岸に至るまでの乾いた砂地 (潮の干満によっても水没しない部分) に及ぶ結果、私有地であっても、市民が通行したり日光浴したりするための地役権に服する、と判示している³⁷⁾。

しかし、殆どの州は、公衆のアクセス権を保護対象とするものの、ニュージャージー州ほどの判断まではしていない。例えばニューハンプシャー州は、通常の満潮時に水没する (below the ordinary high water mark) 土地に限って、保護対象としている³⁸⁾。

c. 公園

公園も伝統的に、特定の目的のもと公共のために寄贈された場合は特に、保護対象とされてきた³⁹⁾。

判例にはたとえば、州の自然公園を公共事業機関に賃貸してスキーリゾートを建設せしむる計画に反対する市民が、当該賃貸借の無効などを求めて提訴した事案で、当該賃貸借等は当該公共事業機関を設立した法によりみとめられた権限を超えて無効である、と判示したマサチューセッツ州最

高裁判例⁴⁰⁾がある（ただし、同判例は、“public trust”という語を用いていないし、スキー場への転用自体を理由として無効と判断しているのではなく、法律の解釈において、州は通常、公共の利用をそこねるような転用を意図しないであろう、と想定する、という方法をとっている⁴¹⁾）。

また、シカゴ市が公園に学校およびレクリエーション施設を建設しようとしたのを市民が阻止するため提訴した事案で、「原告は、public trust にかかる土地の用途を立法府が全く変更できないと主張しているわけではない（このような主張は、よく確立された先例に反する）。」と述べたイリノイ州最高裁判例⁴²⁾がある。さらに、公園となっている土地を利用して道路を拡張する計画の差止を求めて提訴された事案で、ペンシルバニア州憲法の規定（後記注59）について、「ペンシルバニアの自然資源の管理に、public trust の概念を憲法的に刻印する（affix）趣旨である。」と述べているペンシルバニア州控訴審判例⁴³⁾がある。

ただし、前掲注40のマサチューセッツ州最高裁判例を含む2-3の例外を除いて、高速道路のような大きく異なる用途へ転換する場合でない限り、行政が公園を特定の目的に使用することを制約するような判決は稀である、と（1970年の文献においてではあるが⁴⁴⁾）説明されている⁴⁴⁾。

d. 水利権

水利権については、州によって大きく異なっている。

カリフォルニア州最高裁判決（National Audubon Society v. Superior Court）⁴⁵⁾は、消費にかかる水利権を保護対象とした。ノースダコタ州最高裁判決⁴⁶⁾も、当局が水利権の許可を与えるにあたって、州全体の現在及び将来の水需要に与える影響を考慮すること、そして然るべき場合には、水の保全計画を定めることを、public trust doctrine が要請する、と判示した。ハワイ州最高裁判決⁴⁷⁾は、地表水も地下水も一体としての水資源であるとし、地下水資源も保護対象とした。バーモント州は司法ではなく立

法を通じてハワイ州の範に習い、地下水の採取が public trust の要請に服する旨の法改正をおこなった⁴⁸⁾。

他方で、アイダホ州では、同州最高裁判所が消費にかかる水利権を public trust の保護対象となる旨判示した直後に、州議会が、以下のような内容の立法をおこなった。「public trust doctrine は、可航水域の水底にかかる権限を譲渡又は取得する州の権限を限定するものに過ぎず、特に、水又は水利権の付与、譲渡、管理、又は裁定には、適用されない。」⁴⁹⁾

e. 野生動植物

野生動植物に関する州の義務について直接に論じた判例は少ない、と2005年の論文で指摘されているが⁵⁰⁾、その指摘の後に、以下の判例が出ている。

まず、2008年のカリフォルニア州最高裁判決⁵¹⁾は、「魚類および野生動植物に関して、制定法から引き出される、public trust に基づく義務」を原告が主張している、と指摘した後に、「しかし、野生動植物を保護する行政の義務は、もっぱら制定法上のものである。」と述べている⁵²⁾。(public trust doctrine が野生動植物を保護対象とする、とは明言していないし、それどころか、public trust doctrine にもとづくものか否かにかかわらず、義務一切を制定法上のものとしている。)

また、同年の別のカリフォルニア州控訴審判決 (Center for Biological Diversity, Inc. v. FPL Group, Inc.) ⁵³⁾は、public trust doctrine の保護対象は可航水域及び満潮時に水没する土地という伝統的な範囲に限られず⁵⁴⁾、野生動植物をも含むものの⁵⁵⁾、当局が野生動植物保護のための措置をおこなった以上、裁判所は、その措置が十分であるか判断したり、public trust が然るべく執行されているかどうかについて見解を述べる立場になり⁵⁶⁾、と判示した。

以上のような状況につき、public trust doctrine の野生動植物保護のた

めの適用を提唱する立法論は見られるものの⁵⁷⁾、解釈論としては、「判例は、野生動植物の保護のために public trust doctrine を適用することに消極的である。」⁵⁸⁾と指摘されている（2012年の論文）。（下記 g.において分析する。）

f. 大気

大気については、憲法や法律で public trust にもとづく配慮を少なくとも名目的には規定している州がいくつかあるものの⁵⁹⁾、ほとんど進展がみられない⁶⁰⁾。ただ最近、学者と環境保護推進論者とが協同して全国で提起している訴訟において、温暖化ガスの排出制限を求めて public trust が主張されている⁶¹⁾。

g. 小括

以上のように、public trust doctrine の保護対象が拡大したといっても、どの州でも対象となりそうなのは、可航水域と満潮時に水没する土地くらいである。（公園も保護されそうだが、転用が一切禁止されるというような強い保護ではない。）特に、野生動植物については、前掲注51のカリフォルニア州最高裁判例が判示するとおり、実質的には、制定法により保護されるに過ぎない。これは、（野生動植物に関する）「環境保護関心」が米国で保護されるとしても、public trust doctrine の強い保護（下記3.（5））までは及ばないものとして位置付けられている、と整理できるだろう。

なお、判例はこぞって public trust doctrine のローマ法の起源に言及するが⁶²⁾、現在における public trust doctrine の適用に当たってかかる起源は「ほぼ無関係」⁶³⁾、「現実というより神話」⁶⁴⁾、「実際の信託関係について、わずかな手がかりも見出しがたい」⁶⁵⁾などとされているので、本稿では注記するにとどめる⁶⁶⁾。

3. police power と public trust doctrine との関係

police power（上記1.）と public trust doctrine（上記2.）との関係について判例・学説は、両者を区別するもの、ほぼ同様に扱うもの、そして、police power のみで足り public trust doctrine は不要であるとするもの、の3パターンに大きく分かれる。以下、それぞれの判例・論文を紹介した後、police power も public trust doctrine もどちらも、実現しようとする公益目的とそれによる被侵害利益とを利益衡量するための原理（「天秤」）であるが、public trust doctrine の保護対象となるような市民の強い利害関係が問題となる場合は、行政行為の適法性を審査する基準が厳格となる旨、論じる。

（1） police power と public trust doctrine とを区別する判例・論文

a. 権限（police power）と義務（public trust doctrine）

① National Audubon Society v. Superior Court（前掲注45）は、「public trust doctrine は、公有地を公益目的に用いる州の権限を認めるものにとどまらず、さらに、河川、湖沼、湿地、及び満潮時に水没する土地という市民の共通遺産を保護する州の義務を認めるものである。」と述べて、「権限」と「義務」という対比の中で public trust doctrine を位置付けている⁶⁷⁾。

② Center for Biological Diversity, Inc. v. FPL Group, Inc.（前掲注53）は、「public trust doctrine はまた、自然資源を保護する義務を政府に課すものでもある。」と述べたうえで、National Audubon Society v. Superior Court（上記①）を引用している⁶⁸⁾。

③ police power が権限であるのに対し public trust doctrine は義務であるという対比を最も明瞭に述べている論文が、Blumn, *supra* note 20である。同論文は、「police power のみによっては、裁判所は野生動植物を保

護すべき州の積極的な義務を執行することはない。それとは対照的に、public trust doctrine の下においては、州は信託財産である野生動植物を保護しなければならない。」と述べた論文⁶⁹⁾を引用した上で、「州による所有一あるいは、野生動植物の信託—の理論は、野生動植物を規制する権限を州に与えるのみならず、将来世代のために野生動物を保護する義務を州に課すものである。」と述べている⁷⁰⁾。また、Lazarus, *supra* note 8も、「州法における public trust doctrine をみると、州が水資源について特別な権限を有するというのみならず、執行可能な市民に対する義務をもまた負っているということがうかがわれる。」と説明している⁷¹⁾。

b. 審査基準

police power の権限内の適法な規制か、あるいは、public trust doctrine に反しない適法な行政行為か、を審査する基準について、police power の場合と public trust doctrine の場合とで同様に利益衡量するだけの判例と、public trust doctrine の場合は police power の場合よりも厳格に解する判例とがあり⁷²⁾、後者の判例は、public trust doctrine に反しないか否かの審査基準について、以下のように判示している。

- (a) 問題となる行政行為の公益目的が、商業、航行、及び漁業という、伝統的な public trust の目的と関連を有することを要求するもの。たとえば、ミシガン湖の湖面下の土地をイリノイ州が鉄鋼会社に売却しようとした行為につき、雇用の増加及び経済発展という目的は、public trust doctrine の下における公益目的とはいえない、と判示したイリノイ州最高裁判例⁷³⁾がある。
- (b) 問題となる行政行為によって企図されている自然資源の使用が、当該自然資源の本来の性質と関連を有していることを要求するもの。たとえば、public trust とは河川、湖沼、湿地、及び満潮時に水没する土地という市民の共通遺産を保護する州の義務を認めるものである、

と判示したカリフォルニア州最高裁判例⁷⁴⁾がある。

- (c) 信託資源の「重大な毀損」を不可とするもの、「僅少割合」あるいは「限定的侵害」にとどまるもののみ許されるとするもの（上記注29ないし31およびこれらに対応する本文）。
- (d) 行政が、害悪を最小化するための全ての「合理的な」あるいは「実施可能な」方策をとったことを要求するもの。たとえば、市民のさまざまなイベントに使用される公共スペース（公園）の一部と歩道をつぶし、巨木数本を除去することになる道路の拡張について、木の移植や拡張工事中の当該スペースの保護などがおこなわれているから環境への害悪を最小化するための合理的な努力がなされている、と判示したペンシルバニア州控訴審判例⁷⁵⁾がある。また、当局等が採水を承認する前に、public trust によって保護される利益に及ぶ害悪を実施可能な限度で回避又は最小化するよう努めなければならないが、何ら採水による影響が判断されておらず、より少量の採水の方が多様な利益の調整のためにより望ましいかどうかとも判断されていないから違法である、と判示したカリフォルニア州最高裁判例⁷⁶⁾がある。

c. 損失補償の要否

police power による規制の場合は補償の問題を生じるが、public trust doctrine に従ってなされた行政行為の場合は補償が不要である、とする判例および論文⁷⁷⁾がある。判例にはたとえば、以下のものがある。

①満潮時に水没する土地の所有者である会社が、浚渫および埋立によりベネチア風の居住区を開発しようと計画していたが、州の規制によりできなくなった、という事案で、同土地は同社が購入した時から public trust doctrine による制約の下にあるのであり、この制約は“investment-backed expectations”（投資にもとづく期待）⁷⁸⁾を害しえず taking（上記注21）たりえない、として、その他の面での制約を吟味させるため差し戻した、ワ

シントン州最高裁判例⁷⁹⁾。

②海岸の土地所有者が同土地における住宅開発の申請をしたがシアトル市によりこれを不許可とされたため、takings にあたるなどと主張して提訴したという事案で、本件の帰結を左右するのは①のワシントン州最高裁判例である、つまり、public trust doctrine はワシントン州法において財産権に付随している (run with) から (同州法の「バックグラウンド原則 (background principle) 」、takings にあたらない、と判示した連邦第9巡回裁判所判例⁸⁰⁾。

③運河脇の満潮時に水没する土地の所有者が同土地における護岸壁の築造の申請をしたが、州当局によりこれを不許可とされたため、takings にあたると主張して提訴したという事案で、同土地は public trust にかかる土地 (public trust property) であり、その所有権は護岸壁を築造する権利を含まないというのが内在的な (inherent) 制約であるから、taking にあたらない、と判示したサウスカロライナ州最高裁判例⁸¹⁾。

(2) police power と public trust doctrine とをほぼ同様に扱う判例・論文

他方で、police power と public trust doctrine とをほぼ同様に扱う判例には以下のものがある。

①イリノイ・セントラル (1892年) (前掲注28) は、「州は、行政活動および秩序維持における police power を放棄できないのと同様に、可航水域およびその水底のような全市民が利害関係を持つ信託財産を、(中略) 放棄することはできない。」と述べた^{82) 83)}。

②満潮時に水没する土地および湿地の、州から私人への譲渡の無効を主張し、権原の確認を求めて州が提訴した、という事案で、「受託者としての州の権限は、受託者の義務と等しい (commensurate with)。全ての受託者は、信託を実行し管理するために必要なあらゆることをなす権限を有

する。」「満潮時に水没する土地を、航行のためにふさわしいと考える方法で適合させ改良する、州の受託者としての権限は、譲渡によって失われない。」と述べて、当該土地および湿地の譲渡を無効と判示した、カリフォルニア州最高裁判例（1913年）⁸⁴⁾。

③川の汀の所有者による同所の埋立てが問題になった事案で、「信託財産を公共の利益（*jus publicum*）のために保護することは、受託者の絶対的な義務である。*jus publicum* は、人民の偉大なる police power に他ならない（“nothing more than”）。領土を支配し管理する州の権利は、その管轄内における水面下の土地に及び、州は、その police power の行使によって、市民の漁業権を保護する法律を制定することができる。」と述べたニューヨーク州地裁判例（1972年）⁸⁵⁾。

④州内の居住者でないものまたは州民でないものが所有する船舶による漁業を禁止している州法の合憲性が争われ、合衆国憲法の最高法規条項（Supremacy Clause）の下違憲と判断された事案で、「州も連邦政府も、太公望やハンターと同じように、捕獲によって所有するに至るまでは、野生の魚、鳥、動物に対する何の権原ももたない。上訴人の引用する判例で用いられている『所有』なる言い回しは、州が重要な資源を保護し乱獲を規制する権限をもつという市民にとっての重要事を表現した、19世紀の法的フィクションに過ぎない、と理解されなければならない。」と述べた連邦最高裁判例（1977年）⁸⁶⁾。

⑤ National Audubon Society v. Superior Court（1983年）（前掲注45）は上記（1）a.のとおり、権限のみならず義務を認めるものとして public trust doctrine を位置付けている。また、上記（1）b.のとおり、police power と public trust doctrine とを区別し、public trust doctrine に反しない適法な行政行為か否かに関する審査基準を、police power の権限内の適法な規制か否かに関する審査基準よりも、厳格に解した判例である。しか

しその一方で、「public trust doctrine の核心は、州の可航水域及びその水底を継続的に監視し管理する主権者としての州の権限である。」とも述べている⁸⁷⁾。

⑥同様に、Center for Biological Diversity, Inc. v. FPL Group, Inc. (2008 年) (前掲注53) も上記 (1) a. のとおり、自然資源の保護義務を課すものとして public trust doctrine を位置付けている。しかしその一方で、「自然資源についての public trust という概念が、行政機関による police power の行使を下支えすることは疑問の余地がない。」とも述べている⁸⁸⁾。

なお、public trust doctrine 及びそれに基づく厳格な審査基準に言及していない判例である旨指摘する文献があるものの、それらの判例において問題となっているのが、public trust doctrine の保護対象外と言いうる環境の保護であるものがある。そのようにそもそも public trust doctrine の適用対象外であるとすれば考察対象としてふさわしくないので、注記にとどめる⁸⁹⁾。

(3) police power のみで足り public trust doctrine は不要であると する論文

さらに、public trust doctrine は不要であり police power のみで足ると主張する論文が、1986年の Lazarus, *supra* note 8である。

同論文は、「現代においては、行政法の関心を利益衡量することが必要であるのに、public trust doctrine はこれを促進しない。むしろ、現代の行政法が代替する意図であったところの、コモン・ローの概念に基づいている。」「public trust のテーゼは、行政機関が環境保護において積極的な役割を果たすことがほとんどなかったかまったくなかった時代の、政府というもののとらえ方に基づいている。」⁹⁰⁾として、行政法が整備された現代における public trust doctrine の不適合性を指摘する。

そして、「今日において、環境保護および自然保護についての社会的関

心は、可航水域を超えて、オゾン層のような、ローマ時代には知られてもいなかった我々を取り巻く生態系の広範な諸要素を包含するに至っている。」「商業の促進という、public trust doctrine の伝統的な目的は、ほとんど自然保護という関心の焦点たりえない。それどころか、public trust doctrine は、その開発寄りの含みゆえ、公共政策の策定において、こうした自然保護の関心に対立する利益として作用することが多い。」⁹¹⁾として、public trust doctrine に依拠することの不都合性を指摘する。

さらに、「現代の police power は、許容される目的の面でも適用される自然資源の範囲の面でもいずれも、trust doctrine よりも広範かつフレキシブルである。」⁹²⁾として、police power で代替できるむしろその方が適切である旨主張する。

(4) public trust doctrine は不要である旨の主張に反論する論文

上記(3)の Lazarus 論文に対し反論する、2012年の論文があり、以下のように述べている。「public trust の価値を政府に適切に考慮させるための public trust doctrine の必要性を減少させたと Lazarus が主張するところの行政法の進展は、現在、こうした public trust の価値にとって好ましからざる方向へ向かっている。環境保護のために原告が提訴しても、行政計画の場合、連邦裁判所はますます審査に消極的になってきており、これによって、今日の public trust の価値の多くにとってもっとも重要な、広範な環境問題に関わる決定の司法審査を得る事がより困難になってきている。また、[裁判所が][拙者注] 行政行為を審査する際の“hard look review”⁹³⁾の緩和(議論の余地はあるが)が示唆するのは、裁判所の審査は Lazarus が四半世紀前に想定したよりも徹底さを欠くかもしれない、ということである。」⁹⁴⁾

(5) 私見 (police power と public trust doctrine との関係について)

police power と public trust doctrine とを区別する判例・論文(上記

(1)) と、両者をほぼ同様に扱う判例・論文(上記(2))とを、整合的に理解できないか。以下のとおり、可能であると考ええる。

第一に、規制にせよ行政行為にせよ、実現しようとする公益目的とそれによる被侵害利益との、釣り合いがとれていなければならないのは同じである。public trust doctrine に反しない適法な行政行為か否かを審査する場合も、police power の権限内の適法な規制か否かを審査する場合と同様に、利益衡量するだけの判例があると指摘したが(上記(1) b.)、かかる判例が示すとおり、police power も public trust doctrine もどちらも、公益目的と被侵害利益とを利益衡量するための原理(「天秤」)であるというのが本質である。

したがって、police power は「権限」であるのに対し public trust doctrine は「義務」であるという割り切った分類(上記(1) a.)は、厳密には論理的でない。ただ、可航水域のような市民の利害関係が強い被侵害利益が問題となる場合に、行政行為に「加重」される条件(上記(1) b.

(a) ないし (d)) があり、このような条件を切り出して、public trust doctrine にもとづく「義務」である、ととらえる整理にも意味がある。また、このように切り出された「義務」は、public trust doctrine の保護対象をたとえば野生動植物まで含めるべく拡大するための立法論として意義をもちうる。

そこで、police power の行使の場合も被侵害利益を不当に害してはならない、という意味で義務はあり、かかる義務と表裏一体のものとして権限がある、という論理的に正確な理解を前提としたうえで、police power は「権限」であり public trust doctrine は「義務」である、と表現することにも意味があるだろう。

第二に、行政機関の public trust doctrine に基づくなんらかの「義務」が措定される場合に、その「義務」にしたがった行為が(一般的な) po-

lice power という「権限」の射程内であることはなんら矛盾しないし、むしろ当然のことである。そのように「義務」と「権限」とが重なり合う範囲においては、州は「義務」も「権限」もいずれも有することになるし（上記（２）の判例②、③および⑥）、police power（権限）の放棄は「義務」の放棄をも意味するからこれは許されないことになる（上記（２）の判例①）。

上記（２）の判例⑤は、こうした「義務」と「権限」との重なり合いの部分で、「権限」の面から表現しただけであり、「義務」としての public trust doctrine を否定したものではないと解釈できる。また、上記（２）の判例④は、最高法規条項（Supremacy Clause）の下、連邦法に劣後するという意味で「所有」の概念を否定したものに過ぎず、public trust doctrine に基づく義務自体を否定したものではない。

第三に、police power による規制の目的である公共の利益を「大」、public trust doctrine の保護対象を「小」とする、包摂関係がある、と理解できる。たとえば、公有地一般を公共の利益のために用いることは州の police power の対象となる一方で、公有地の中でも可航水域のような市民の利害関係が強い部分については、（police power の対象となることに加えて）public trust doctrine の保護対象にもなる、という包摂関係である。

第四に、そのように市民の利害関係が強く、public trust doctrine の保護対象となる場合は、行政行為の適法性を審査する基準を厳格に設定する（上記（１）b. (a) ないし (d)）のが当然である。

この点、public trust doctrine に反しない適法な行政行為か否かを審査する場合も、police power の権限内の適法な規制か否かを審査する場合と同様に、利益衡量するだけの判例があるが（上記（１）b.）、かかる判例も私見と矛盾しないし、むしろ整合する。public trust doctrine の場合も利益衡量を軸にして判断するのは police power の場合と同じであって、

ただその衡量の仕方を市民の利害関係に重きを置いて厳格にすべきだ、というに過ぎないし、利益衡量をおこなうからこそ、public trust doctrine が問題となるような市民の利害関係が強い場合は厳格に審査することになるからである。

第五に、public trust doctrine の保護対象である市民の強い利害関係は、財産権に付随する（あるいは内在する）ものであり、これを保護するための規制の場合は補償を要しない（上記（1）c.）、と考えるのが妥当である。

第六に、Lazarus が public trust doctrine を不要と主張する根拠（上記（3））はいずれも、上記のように整合的理解をこころみる私見（「public trust doctrine が問題となるような市民の利害関係が強い場合は、行政行為の適法性が厳格に審査されるし、かかる利害関係を保護するための規制の場合は補償を要しない。」）と矛盾しない。

まず、「現代において、環境保護に関する社会的関心が新たな要素を包含するようになったが、public trust doctrine はこれを保護対象としていない。」という所論は、かかる新たな関心について、市民の利害関係の強さに応じた厳格な利益衡量をおこなうことをなんら妨げない。所論のように police power の問題として扱うにせよ、あるいは public trust doctrine の保護対象を拡大してこれに取り込むにせよ、本質は利益衡量において「新たな社会的関心」を取り込めるかどうかに存するのであり、それを public trust doctrine の保護対象として取り込むかどうかは、従来 public trust doctrine の保護対象とされてきたものについて行政行為の適法性を厳格に審査すべきことと関係がない。

「police powerの方が広範でフレキシブルである。」という所論も同様である。

また、public trust doctrine の「商業の促進という伝統的な目的」や、

「開発寄りの含み」は、実際の利益衡量と無関係である。

そして、行政法が整備された現代への不適合という所論については、上記（４）の反論に加え、public trust doctrine の保護対象に関わる行政行為に対する厳格な審査の必要性は、行政法の何如と関係がない、と指摘できる。

以上から、police power も public trust doctrine もどちらも、実現しようとする公益目的とそれによる被侵害利益とを利益衡量するための原理（「天秤」）であるが、police power による規制の目的である公益の部分集合として、public trust doctrine の保護対象となるような市民が強い利害関係を持つものがあり、それらについては、行政行為の適法性を審査する利益衡量において、市民の利害関係に重きが置かれる結果、審査基準が厳格となる。また、かかる利害関係を保護する規制の場合は、補償を要しない。このように、判例・学説を整合的に理解できる。

Ⅲ．裁量統制と「公共の福祉」—「環境保護関心」の不保護を理由とする行政裁量の逸脱・濫用はありうるか

以下に、行政裁量の幅は、憲法上の「公共の福祉」に基づく人権制約の違憲審査基準の枠内に限定されるところの法の趣旨が、公益目的と被侵害利益との利益衡量においていかなるバランスを目指しているかによって決定されるべき旨論じる。そして、憲法上（具体的）権利として保障されおらず行政に義務を課すこともない「環境保護関心」の場合は、その不保護を理由とする行政裁量の逸脱・濫用があったというためには、「環境保護関心」を保護する趣旨の立法が必要である旨、論じる。

1. 裁量統制と「公共の福祉」—米国の public trust doctrine と police power の概念を参考に

行政裁量の範囲は、①法の趣旨および②憲法上の人権保障が、公益目的と被侵害利益との利益衡量についていかなるバランスを目指しているのかによって決定されるべきであると考ええる。まず、①法の趣旨について論じる。

裁量権の逸脱・濫用の一般論において、行政法学において主にとられているアプローチは、個別の法の趣旨に基づいて裁量の幅を画する基準を演繹する、というよりは、個別の法の趣旨とは乖離して、裁量権の逸脱・濫用と判断される一般的な類型を列举する、というアプローチであるように見受けられる⁹⁵⁾。類型として列举されているのは例えば、「事実誤認」、「目的違反」、「平等原則違反」、「比例原則違反」等である⁹⁶⁾。

判例も、たとえばマククリーン事件⁹⁷⁾においては、「その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合」という判断基準を、出し抜けに用いているように思える⁹⁸⁾。

しかし、このアプローチには以下の問題がある。

第一に、これらの類型を列举しても、特定の法の下における行政裁量の幅は明らかにならないという点である。例えば、どの程度の「比例原則違反」があれば裁量権の逸脱・濫用となるのかは、個々の法の趣旨及び被侵害利益により異なるはずである。特に、「目的違反」という類型が意味するところは、法の趣旨に反するということであり、これは裁量権の逸脱・濫用の言い換えに過ぎない。類型として取り上げても、行政裁量の幅を明らかにする意味はほとんどないのではないか。

第二に、これらの類型によって、裁量権の逸脱・濫用のすべてのシナリオをカバーできるわけではないという点である。例えば、法の趣旨に適合

する目的を実現するために、事実を誤認することなくなされた処分ではあるが、当該目的を実現する手段として明らかに効果が薄いという場合、裁量権の逸脱・濫用となりうるだろうが、上記の類型にはいずれにも該当しそうにない。

よって、個別の法の趣旨と乖離した一般的な類型にかかずらうべきでない。むしろ、「法律による行政の原理」に基づいて、個別の法の趣旨を吟味すべきである⁹⁹⁾。

そして、行政法学における裁量論の中心である行政行為¹⁰⁰⁾を念頭におくかぎり、それは直接具体的に国民の権利益に影響する行政作用の代表的なものであるから¹⁰¹⁾、国民の権利益への影響が法の趣旨にふさわしいものか否か、というのが裁量論における問題の本質である。つまり、行政行為が目的とする国民の公益とそれにより侵害される国民の利益との利益衡量が、法の趣旨にふさわしいか否かである。かかる利益衡量について個別の法がいかなるバランスを目指しているかを、法の趣旨から演繹するアプローチをとるべきである。

次に、②憲法上の人権保障について論じる。

個別の法の趣旨は、最高法規（憲法98条1項）である憲法上の人権保障の枠内でのみ、有効である。具体的には、法の趣旨が憲法上の人権保障と矛盾すれば、その矛盾する限度において当該法は無効である（同条同項）¹⁰²⁾一方で、法の趣旨が憲法上の人権保障と矛盾しなければ、憲法で保障されていない利益を保護するという利益衡量のバランスのとり方も有効である。

そして、こうした憲法上の人権保障の「枠」は、「公共の福祉」（憲法12条、13条、22条1項、29条2項）に基づく人権制約¹⁰³⁾の違憲審査基準、という形で判断される。さらに、憲法における違憲審査基準は、一律に適用するのではなく、それぞれの人権の性質や規制の目的を考慮する、とい

う方法が今日一般に支持されている¹⁰⁴⁾。

よって、問題となる人権の性質が法の趣旨に枠をはめ、その枠内で、法の趣旨が利益衡量においていかなるバランスを目指しているかを検討することになる。これは、米国において、police power の権限内の適法な規制か否かを審査する際に利益衡量がおこなわれるという点や、public trust doctrine の保護対象となるような市民が強い利害関係を持つものの場合、行政行為の適法性を審査する利益衡量の審査基準が厳格となるという点（上記Ⅱ.3.）と同じで、要するに、人権の性質に応じた利益衡量をおこなうということである。

以上から、行政裁量の幅は、「公共の福祉」に基づく人権制約の違憲審査基準の枠内に限定されるところの法の趣旨が、公益目的と被侵害利益との利益衡量についていかなるバランスを目指しているかによって決定されるべきである。

2. 「環境保護関心」の不保護を理由とする行政裁量の逸脱・濫用

（1） 上記1.の一般論の、「環境保護関心」へのあてはめ

憲法が「環境保護関心」を保障していることを、認めた判例はない¹⁰⁵⁾。学説も、これを否定する見解も有力であるし¹⁰⁶⁾、肯定する見解も、抽象的権利としてしか保障していないと解している¹⁰⁷⁾。よって、「環境保護関心」を保護する趣旨の立法がない限り、「環境保護関心」の不保護を理由とする行政裁量の逸脱・濫用はありえないことになる。

他方で、「環境保護関心」を保護する趣旨の立法があれば、当該法の趣旨が、「環境保護関心」とそれに対立する利益との利益衡量についていかなるバランスを目指しているかによって、行政裁量の幅が決せられるべきことになる。

(2) 「環境保護義務」

ところで、国家の「環境保護義務」を提唱し、汚染や破壊から環境を保護することは現代国家の任務である、とするものがある¹⁰⁸⁾。もしこの見解によるとすれば、権利としての構成にこだわらずに¹⁰⁹⁾行政裁量の逸脱・濫用を帰結し、「環境保護関心」の実現をはかることができることになる。

しかし、法の趣旨が「環境保護義務」を課していればともかく¹¹⁰⁾、憲法論として同義務を導くことは、以下の理由から無理であると考ええる。

第一に、「環境保護義務」を課するような憲法規定が存在しないからである。

25条2項は、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」と定めているが、これは根拠にならない。生存権の法的性格に関する学説のうち、もっとも強い法的性格を付する具体的権利説でさえも、生存権は（立法権を拘束するが）行政権を拘束しない、と解するからである¹¹¹⁾。

また、同条1項と2項とを分離してとらえ、1項が救貧施策の責務を定めているのに対し2項は防貧施策の努力義務を定めているという立場¹¹²⁾によった場合は、なおさらである。2項（防貧施策）の場合は広範な裁量が認められることになるからである。

また、「公共の福祉」（12条、13条、22条1項、29条2項）に「環境保護関心」を含めうるが、「公共の福祉」は国家に規制権限をあたえるものであり、義務を課すものではない¹¹³⁾。よって、「環境保護義務」の根拠とはならない。この点は、米国において、野生動植物保護も police power の射程内とされている（上記Ⅱ.1.（2））のに対し、public trust doctrine の保護対象とすることについては消極的であるとされる（上記Ⅱ.2.（2）e.）状況と類似している¹¹⁴⁾。

第二に、「環境保護関心」という、権利が存在しないか、あるいは存在

しても抽象的権利にすぎない（上記（1））場合に、それを保護すべき義務を行政に課す立論は難しいと思われるからである。

この点、米国カリフォルニア州における野生動植物を保護対象とする public trust doctrine の適用状況（上記Ⅱ.2.（2）e.）が参考になると考える。

カリフォルニア州の憲法は、憲法的保護の強度は弱い規定ぶりであるとは考えられるものの¹¹⁵⁾、環境保護を公共の利益と明示する規定をおいている。具体的には、適性手続（due process）および平等保護（equal protection）条項において、以下のように規定している。「本項の改定にあたりカリフォルニア州の議会および市民は、この改定が、公共教育を補助するために現在および将来利用できる限られた財政資源のもっとも効果的な利用、すべての公立学校の生徒の教育の機会の最大化ならびに衛生および安全の保護、教育のプロセスに参画する親の能力の向上、当州およびその公立学校における調和および平穩の保護、僅少な燃料資源の浪費の防止、および環境の保護〔拙者強調〕を含む、必要不可欠な（compelling）公共の利益のために必要であると考え、宣言する。」¹¹⁶⁾

ところが、同州最高裁判例（前掲注51）は、上記Ⅱ.2.（2）e.のとおり、野生動植物保護のための行政の義務はもっぱら制定法上のものであり、政府がかかる義務に違反したかどうかは制定法の解釈の問題である、と判示している。つまり、環境保護を公共の利益と明示する憲法規定があるにもかかわらず、その環境保護の範疇である野生動植物保護のための州の義務を、憲法から直接に導き出すことを否定している。

たしかに、同州憲法のような抽象的な規定であれば、行政に義務を課すものではないというのが自然な考え方であるし、抽象的規定すらない我が国の「環境保護関心」の場合はなおさら、行政に義務を課すことはないはずではないか。

3. 結語（裁量統制と「公共の福祉」）

以上のとおり、行政裁量の幅は、憲法上の「公共の福祉」に基づく人権制約の違憲審査基準の枠内に限定されるところの法の趣旨が、公益目的と被侵害利益との利益衡量についていかなるバランスを目指しているかによって決定されるべきである。したがって、憲法上（具体的）権利として保障されておらず行政に義務を課すこともない「環境保護関心」の場合は、その不保護を理由とする行政裁量の逸脱・濫用があったというためには、「環境保護関心」を保護する趣旨の立法が必要である。

IV. 「環境保護関心」に基づき環境アセスメントの瑕疵や不当を是正する方法について

以上のような「環境保護関心」に関する一般論を、「環境保護関心」に基づき環境アセスメントの瑕疵や不当を是正するために訴訟を提起しようとする場合にあてはめるとともに、民事差止請求訴訟や住民訴訟の利用可能性についても検討したうえで、いずれも使えないか使える場面が限定されるので、環境アセスメント固有の争訟手続を導入する（とともに、行政の許認可を制約する）立法が必要である旨論じる。

1. 民事差止請求訴訟（環境アセスメントの瑕疵や不当を是正するための）

民事差止請求訴訟は、環境アセスメントの瑕疵や不当を是正する手段としては必ずしも適切ではない。というのは、「環境保護関心」に基づく民事差止請求訴訟は認められず¹¹⁷⁾、原告は、個人の生命・健康・財産に対する受忍限度を超える違法性¹¹⁸⁾を主張立証しなければ、いかに「環境保

護関心」が害される場合でも、請求棄却されてしまうからである。たとえば、地下トンネルの掘削により地下水脈への影響が懸念される場合、原告は、地下水の枯渇によりその生活に受忍限度を超える被害が生じること等を主張立証できなければ、いかに生態系への甚大な悪影響が生じる場合でも、請求棄却されてしまうからである。

そして、かかる立証において、環境アセスメントの瑕疵や不当は、「受忍限度を超える違法性」を認定するための間接事実のひとつになる場合もあるだろうが、それ自体が「受忍限度を超える違法性」を高めることにはならないはずである。たとえば、環境アセスメントにおいて地下トンネルの掘削がもたらす生態系への影響に関する調査・予測・評価をおこなわなかったという事実があっても、それは、地下水の枯渇により住民の生活に受忍限度を超える被害が生じるか否かの判断に必ずしも結びつかない。この点、環境アセスメントの瑕疵を理由に差止請求を認めるべきとする説¹¹⁹⁾があるが、賛成しない。

よって、個人の生命・健康・財産に対する受忍限度を超える違法性を主張立証できる場合でない限り、環境アセスメントの瑕疵や不当を是正する手段として民事差止請求訴訟は使えない。

2. 行政訴訟（環境アセスメントの瑕疵や不当を是正するための）

取消訴訟（行政事件訴訟法 3 条 2 項）の本案勝訴要件は行政庁の処分の違法性であり¹²⁰⁾、差止訴訟（3 条 7 項）の本案勝訴要件は、処分をすべきでないことが根拠法令から明らかなことまたは処分が裁量の逸脱・濫用となることである（37 条の 4 第 5 項）ところ、前者に関する議論は後者に関する議論を兼ねる。

そこで、環境アセスメントに瑕疵や不当がある場合に行政庁の処分の違法性が認められるかどうかを検討する。具体的には、（1）環境アセスメ

ントに、行政が通常認識しえない瑕疵がある場合（例えば、市民への説明会（環境影響評価法7条の2、17条）における情報公開の内容が不十分である場合、提出された市民意見（18条1項）を事業者が握りつぶし、環境影響評価書（21条2項）に記載しない場合、または環境影響評価書における調査・予測・評価の内容が不十分である場合など）について検討する。次に、（2）対象事業が「環境保護関心」への適正な配慮（33条1項）を欠くと思われるにもかかわらず、その点が許認可に反映されない場合について検討する。

（1） 環境アセスメントに、行政が通常認識しえない瑕疵がある場合

環境アセスメントに、行政が通常認識しえない瑕疵（「環境保護関心」に関するもの）がある場合に、行政庁の処分の違法性が認められるか。この判断の要となる論点は、環境アセスメントをおこなう主体が行政ではなく事業者であるのに、かかる瑕疵が行政の違法を帰結するののか、という点であろう¹²¹⁾。

つまり、環境影響評価法は、目的規定において「事業者がその事業の実施に当たりあらかじめ環境影響評価を行う」ことが重要であると規定し（1条）、スコーピングをおこなう主体も環境影響評価書を作成する主体も「事業者」と規定しており（5条1項、21条2項）、他方で、環境大臣は、事業者が作成した環境影響評価書を受け取って意見を述べるにすぎず（23条）、許認可権者も、事業者が作成した環境影響評価書を受け取って、環境大臣の意見を勘案しながら審査するにすぎない（24条、33条1項）。それなのに、環境影響評価書の内容からは通常認識しえず、実際認識されなかった事実（「環境保護関心」に関するもの）によって、環境大臣や許認可権者の側に違法性が生じるのか、という問題である。この点以下の理由から、違法性は生じないと考える。

- a. 第一に、行政に違法性を生じさせるのであれば、米国の国家環境政

策法（前掲注93）¹²²⁾のように、環境アセスメントの実施主体を国とする仕組みを採用するのがもっとも端的であるところ、環境影響評価法はあえてこれを避け、事業者を実施主体としている¹²³⁾からである。環境影響評価法制定時（1997年）の国会審議においても、実施主体を国とする仕組みも採用できる中であえて事業者としている点は、明示的に議論されている¹²⁴⁾。

b. 第二に、環境影響評価法は、環境大臣や許認可権者に、環境影響評価書等の内容からは通常認識しえない事実の積極的な調査義務を課す趣旨ではない、と解されるからである。難問だが、以下の手掛かりがある。

まず当然ながら、かかる調査義務を明記した条項が存在しない点である。

つぎに、「適正な配慮」（1条、33条1項）という文言の解釈などから、環境影響評価法が、「環境保護関心」を（行政裁量の逸脱・濫用をもたらすような関心として）保護する趣旨ではないと解される点（下記（2））である。「環境保護関心」を保護していないのだから、「環境保護関心」を実現するための調査義務も課していないと解するのが自然である。

さらに、法が規定する行政の関与の態様は、事業者が環境影響評価書を作成した後の段階等の（23条等）、受動的なものだ、という点である。事業者がスコーピングにあたって、主務大臣の助言を受けたい旨申し出ることができるという規定はあるが（11条2項）、このような申出がなされなければ行政は関与しないし、仮に申出がなされた場合も、主務大臣の助言が義務付けられるわけではないという規定ぶりであり（「申出に応じて技術的な助言を記載した書面の交付をしようとするときは」（11条3項）、ましてや調査は義務付けられない、と考えるのが自然である。（申出内容から重大な環境影響が判明するのにもかかわらず環境影響評価書に記載されなかったような、例外的な場合は別である。）

この点、『逐条解説 環境影響評価法』は、環境庁長官（当時）や許認

可権者の意見は、「事業者の自主的努力を促進する観点を含めて述べられるべき」としているものの、「事業計画の熟度が低い段階で、個別の事業に伴う環境影響に関し十分に情報をもっていない免許等を行う者等が意見を述べる制度とすることは適切ではない。」としている¹²⁵⁾。行政が「十分に情報」をもつべく調査義務を負うわけではないという立法趣旨であると解釈する、ひとつの裏付けになろう。

また、国会審議においては、環境庁（当時）が必要に応じて専門家を活用する旨答弁されているのみであり¹²⁶⁾、すくなくとも、それが義務であるとの立法意図は読み取れないと考える。

なお、不文の行為規範としての環境配慮義務があるという説（上記注110）に賛成するが、環境影響評価法の場合、上記のような明文規定（1条、33条1項、23条、24条、11条3項）が存在し、その内容から、調査義務は課されないと考える。

c. 第三に、環境影響評価法（上記b.）のみならず、憲法も、行政に義務を課さないと考えられるからである。「環境保護関心」という、権利が存在しないか、あるいは存在しても抽象的権利にすぎない場合に、行政に義務を課す立論は難しいと思われるからである（上記Ⅲ.2.（2））。

以上から、事業者が実施した環境アセスメントに行政が通常認識しえない瑕疵（「環境保護関心」に関するもの）がある場合に、行政に違法性は生じない、と考えるべきである。なお、「手続の瑕疵と処分の効力」という論点も問題になるが、行政庁の処分の違法性の有無という結論を左右するのは上記a.ないしc.の考察なので、注記にとどめる¹²⁷⁾。

（2）「環境保護関心」への適正な配慮を欠く点が許認可に反映されない場合

「環境保護関心」への適正な配慮を欠くと思われるにもかかわらずその点が許認可に反映されない場合、行政庁の処分に違法性がみとめられるか。

この問題は、行政裁量の逸脱・濫用が認定されるか否かにより決まる。環境影響評価法は、許認可権者に裁量を認めているからである（「免許等を拒否する処分を行い、又は当該免許等に必要な条件を付することができる」（33条2項））。

ここで、行政裁量の幅は、憲法上の「公共の福祉」に基づく人権制約の違憲審査基準の枠内に限定されるところの法の趣旨が、公益目的と被侵害利益との利益衡量についていかなるバランスを目指しているかによって決定されるべきである（上記Ⅲ.1.）。そして、憲法上（具体的）権利として保障されておらず行政に義務を課すこともない「環境保護関心」の場合は、その不保護を理由とする行政裁量の逸脱・濫用があったというためには、「環境保護関心」を保護する趣旨の立法が必要である（上記Ⅲ.2.）。

そこで、環境影響評価法が「環境保護関心」を保護する趣旨の法といえるかどうかが焦点となる。この点も難問だが、以下の理由で否定的に解する。

同法は、環境の保護ではなく、環境保全についての「適正な配慮」を目的としている（1条）。許認可権者も、環境保全についての「適正な配慮」がなされるものであるかどうかを審査することとされている（33条1項）。この「適正な配慮」とは条理上、全く環境を保全しなくても「適正な配慮」であるとする解釈を許す文言である。実際、同法の国会審議においても、同法の手続法としての性格に懸念を示す陳述がなされており¹²⁸⁾、同法は裁量の逸脱・濫用という実体的な制約をとみなさない手続法として理解されているといえそうである。

また、同じく環境保全についての「適正な配慮」という文言を使用している他の法令（廃棄物処理法8条の2、15条の2、電気事業法46条の8、46条の14、46条の17、46条の20、自動車から排出される窒素酸化物及び粒子状物質の特定地域における総量の削減等に関する特別措置法26条1項お

よび29条（排出の抑制についての「適正な配慮」）、中心市街地の活性化に関する法律36条10項（生活環境保持についての「適正な配慮」）、大規模小売店舗立地法10条1項（生活環境保持についての「適正な配慮」）、東日本大震災復興特別区域法72条16項および18項）についても、実体的な制約を課すものとする説明はみたらない。たとえば、大規模小売店舗立地法10条1項は、大規模小売店舗の新設や変更をおこなう者は、周辺地域の生活環境の保持について「適正な配慮」をして店舗を維持・運営しなければならないと規定しているが、この規定の解釈についての国会審議において、周辺環境への影響を除去できない場合でも、行政が立地場所不相当との勧告をおこなうことは想定していない旨答弁されている¹²⁹⁾。行政がどのような想定をしていようと裁量の逸脱・濫用の有無とは必然的な関連性はないが、立法府が「適正な配慮」という文言を、実体的制約を伴わないものとして用いている一つの証左ではないか。

また特に、東日本大震災復興特別区域法は、「東日本大震災からの復興の円滑かつ迅速な推進と活力ある日本の再生」を目的とする法律であり（1条）、かかる目的のため環境影響評価法の適用を除外し（72条2項）、「特定環境影響評価」なる代替的手続を義務付けることにより（同条3項）、事業着手前の手続に要する期間を通常的环境影響評価に比べて大幅に短縮しようとするものである¹³⁰⁾。このように環境保全のための対処を後退させた（延期させた）法律において、環境保全のための「適正な配慮」（72条16項および18項）という、環境影響評価法と同じ文言が使用されているという事実は、同文言が実体的な制約を伴わないことの一つの証左といえるのではないか。

最後に、米国の国家環境政策法（前掲注93）が、必要なプロセスを規定しているに過ぎず、連邦政府の機関がもっとも環境に配慮した選択肢を選ぶことその他の特定の結果を要求するものではないとされている¹³¹⁾点も、

一応参考になるだろう。

以上から、環境影響評価法は、「環境保護関心」を保護していない（正確には、行政裁量の逸脱・濫用をもたらすような関心としては位置付けていない）と考える。よって、環境保全の適正な配慮を欠くと思われるにもかかわらず、その点が許認可に反映されない場合でも、行政庁の処分に違法性は生じない。

これに対し、許認可が制約されるとする見解も見られるが、「環境保護関心」が問題となっているのか、個人の生命・健康・財産が問題となっているのかを分析的に考慮していない¹³²⁾点で賛成しないし、「適正な配慮」の解釈の点でも賛成しない。

(3) 結語

以上のとおり、環境アセスメントに行政が通常認識しえない瑕疵（「環境保護関心」に関するもの）がある場合や対象事業が「環境保護関心」への適正な配慮を欠くと思われるにもかかわらずその点が許認可に反映されない場合、行政訴訟の本案勝訴要件がみとめられない。

3. 住民訴訟（環境アセスメントの瑕疵や不当を是正するための）

住民訴訟（地方自治法242条の2）は、取消訴訟等の場合（上記2.）と異なり、原告適格の要件が課されないので、環境保護のために一定の役割を果たしてきた¹³³⁾。

しかし、住民訴訟で争うためには地方公共団体の違法な財務会計行為がなければならないので（同条、242条）、事業者が地方公共団体でない場合は基本的に使えない。

また、事業者が地方公共団体である場合も、環境アセスメントの違法が財務会計行為の違法をもたらしている、という主張に成功しなければならない。しかし、環境アセスメントの違法により事業が違法になるとして

も¹³⁴⁾、事業の違法により財務会計行為が当然に違法となる訳ではない。

この点最判平成4年12月15日民集46巻9号2753頁は、たとえ先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り、支出決定が財務会計法規上の義務に違反してされた違法なものということとはできない、としている¹³⁵⁾。事業に少しでも違法性があるかどうかの問題と、事業の遂行自体が許されるかどうかの問題とは、違うということである¹³⁶⁾。

そして特に、「環境保護関心」の場合は、判例上みとめられた権利でさえないのだから（前掲注105および対応する本文）、「環境保護関心」の不保護があっても、「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合」とは評価されにくいであろう。

以上から、「環境保護関心」に基づき環境アセスメントの瑕疵を是正する手段としての住民訴訟の役割は、極めて限定されているといえる。

なお、損害賠償義務付け訴訟（242条の2第1項4号）を提起するためには地方公共団体が損害を蒙ったことが必要となるが¹³⁷⁾、そもそも損害賠償義務付け訴訟は事後の手段であり、環境破壊を阻止するものではないことは言うまでもない。

4. 立法論

以上のとおり、「環境保護関心」に基づき環境アセスメントの瑕疵や不当を是正しようとしても、民事差止請求訴訟、行政訴訟、および住民訴訟のいずれも、使えないか使える場面が限定される。そこで、かかる閉塞を打破する二つのアプローチが考えられる。

一つは、裁判所の解釈（の変更）による、民事差止請求訴訟における要件事実を拡大や、行政訴訟における行政庁の処分の違法性の認定の拡大を目指すアプローチである。もう一つは、環境アセスメント固有の争訟手続

の導入や¹³⁸⁾、環境アセスメントの結果の許認可への反映に一定の拘束力をもたせる¹³⁹⁾ための、立法を目指すアプローチである。

思うに、後者（立法アプローチ）が妥当である。「環境保護関心」を保護するかどうかは、司法による判断になじむほどに国民のあいだでコンセンサスが形成されておらず、むしろ、政治部門の政策決定プロセスによって検討されるべき問題だからである¹⁴⁰⁾。

そして、政策決定プロセスによって検討するからこそ、政策決定プロセスの不機能が生じれば、是正しなければならない。環境アセスメント固有の争訟手続の導入は、そうした是正のための重要な手段である。なぜなら、環境アセスメントは政策決定プロセスの重要な一部であり（具体的には、環境影響評価書が公告・縦覧に供せられ（27条）、また、環境保全措置報告書が公表される（38条の3第1項）ことにより、許認可権者の許認可等が政治的審判の材料に供せられる。）、環境アセスメントに瑕疵があれば、政策決定プロセスに重大な不機能が生じているといえるからである。

以上から、環境アセスメント固有の争訟手続を導入する（とともに、環境アセスメントの結果の許認可への反映に一定の拘束力をもたせる）ための、立法をおこなう必要がある。

V. 政策決定プロセスを正常・活発に機能させるための処方について

以上のとおり、「環境保護関心」を現在の我が国で実現するためには、現行の「環境訴訟」の活用に腐心することではなく、立法が必要である。

そして、環境アセスメントの瑕疵を是正するための環境アセスメント固有の争訟手続を導入することは、それ自体が政策決定プロセスを正常に機能させる（上記Ⅳ.4）だけでなく、市民の環境アセスメントへの参画を促

進したり、他の市民の環境問題への意識を喚起したりする効果により、「環境保護関心」の実現へ向けて政策決定プロセスを活発に機能させてゆくことにつながるのではないか。これが、我が国の環境を守るための本筋にして、重要な一步であると思う。

注

- (1) 北村喜宣『環境法』（弘文堂、2011年）48頁。これまで、いわゆる「環境権」が保障されるか否かという形で論じられがちであり、そこでは、「日本の憲法・法律・判例は『環境権』を保障していない。」という説明がなされてきたが、より分析的に考察するのが適切であると考え。生命・健康という人格権の侵害ゆえの請求であればそれはあくまで人格権の問題であるし（北村喜宣『自治体環境行政法 第6版』（第一法規、2012年）122頁、松本和彦「憲法学から見た環境権」環境法研究31号（2006年）23-24頁、桑原勇進「環境権の意義と機能」森島昭夫＝大塚直＝北村喜宣編『環境問題の行方』（有斐閣、1999年）43頁）、財産権への侵害ゆえの請求であれば同じようにあくまで財産権の問題である。
- (2) 本稿では、環境保護を実現するための民事訴訟、行政訴訟、その他の訴訟を総称して「環境訴訟」と呼称する。
- (3) 田中英夫『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）、646頁。
- (4) 田中、前掲注3、684頁。
- (5) Ernst Freund, The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights §3, at 3 (1904).これらの性質は、何らかの一般的な所説ではなく、法令及び判例の精査により理解され定義されるものである (*Id.*, §3, at 3)。
- (6) 田中、前掲注3、647頁参照。
- (7) Freund, *supra* note 5, §2, at 2.
- (8) Richard J. Lazarus, Changing Conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources: Questioning the Public Trust Doctrine, 71 Iowa L. Rev. 631, 665 (1986). (現ハーバード・ロースクール教授Lazarusによる論文で、例えばJ. Peter Bryne, The Public Trust Doctrine, Legislation, and Green Property: A Future Convergence?, 45 U.C. Davis L. Rev. 915, at 919 (2012).において、「重要な論文」と評され、Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, The Origins of the American Public Trust Doctrine: What Really Happened in Illinois Central, 71 U. Chi. L. Rev. 799, at FN17 (2004).において、「public trust doctrine に依拠したアメリカの判例についての概観」として位置付けられ、その他多くの論文で引用さ

れている。)

- (9) Joseph L. Sax, Takings and the Police Power, 74 Yale L. J. 36, 39 (1964).
- (10) Lazarus, *supra* note 8, at 658.
- (11) Freund, *supra* note 5, § 15, at 11.
- (12) State v. Rodman, 59 N.W. 1098 (Minn. 1894).
- (13) Magner v. People, 97 Ill. 320 (Ill. 1881).
- (14) 161 U.S. at 534.
- (15) なお、Geer v. Connecticut は後に Hughes v. Oklahoma, 441 U.S. 322 (1970).によって判例変更されているが、変更されたのは州際通商 (interstate commerce) に関する部分であり、野生動植物が市民の共有財産であり、その保護のために州が規制権限を有すること自体について判例変更したわけではない。(Dale D. Goble and Eric T. Freyfogle, Wildlife Law 2nd Edition, at 392 (2010).)
- (16) 同様に猟鳥・猟獣の保護が問題となった判例として、Cawsey v. Brickey, 144 P. 938, 940 (Wash. 1914). (1914年ワシントン州最高裁判決。狩猟禁止区域の設定の差止を求めて提起された訴訟で、ワシントン州最高裁は、「猟鳥・猟獣の捕獲を管理、規制、禁止する州の権限は、州の police power に固有のものである。」と判示した。)、Montana v. Fertterer, 841 P.2d 467, at 471 (Mont. 1992). (police power は猟獣に及び、州は猟獣の殺戮を禁止又は制限できる、と判示した。)がある。
- (17) Berman v. Parker, 348 U.S. 26, 33 (1954).
- (18) People v. K. Sakai Co., 128 Cal. Rptr. 536, 539 (Cal.App. 1976). (1976年カリフォルニア州控訴裁判所判決。「絶滅の危機にある野生動植物種の保護が police power の範囲内でないという議論は不可能である。」とした。)
- (19) Colo. Rev. Stat. § 33-1-101 (1) (2006). (「野生動植物及びその生育環境を、当州民及び訪問者らの利用、便益、及び享受のために保護、保存、及び管理することは、コロラド州の方針である。」と規定している。)
- (20) Michael C. Blumm, The Pioneer Spirit and the Public Trust: The American Rule of Capture and State Ownership of Wildlife, 35 Env'tl. L. 673, at 674 (2005) (「現代の police power の概念は、野生動植物に対する州の広範な規制を正当化する。」); Allan Kanner, Understanding and Protecting Natural Resources, 17 Duke Env'tl. L. & Pol'y F. 119, 125 (2006). (「police power によって州は、…野生動植物に対する公衆の関心を保護することができる。」)
- (21) 「私有財産は、公共の用のために、正当な補償なくして収用 (take) されてはならない」と規定している (田中、前掲注 3、838頁)。
- (22) Lazarus, *supra* note 8, at 669. なお、厳密にいうと、police power の範囲内の規

制であっても taking に該当しうる (Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003, 1034 (1992).)。

taking clause を「戦場」として police power の範囲が争われた判例には例えば、Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922). (police power の行使として有効とはみとめられない、と判示した。)、Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825 (1987). (不許可処分が taking にあたらないような場合で、かかる不許可処分と同じ正当な police power の目的を実現するような、(許可に付された) 条件は、taking にならないが、このように、許可に付す条件と禁止との間には、本質的な関連性が存在しなければならない、と判示した。)がある。菅澤紀生「米国土地利用法の動きとオレゴン州ポートランド都市圏の実践—サステイナブルな土地利用法制」法学新報114巻11=12号 (2008年) 263-267頁。

- (23) Illinois Central Railroad Co. v. Illinois, 146 U.S. 387, at 452、田中、前掲注 3、684頁 (「環境資源」としている)。
- (24) Lazarus, *supra* note 8, at 687.
- (25) Lazarus, *supra* note 8, at 650.
- (26) Joseph L. Sax, The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention, 68 Mich. L. Rev. 471, 489 (1970).
- (27) Richard M. Frank, The Public Trust Doctrine: Assessing its Recent Past & Charting its Future, 45 U.C. Davis L. Rev. 665, 684 (2012).
- (28) 146 U.S. 387 (1892).
- (29) 146 U.S. at 453.
- (30) Lazarus, *supra* note 8, at 640.
- (31) Lazarus, *supra* note 8, at 652-653.
- (32) Lazarus, *supra* note 8, at 633; Kanner, *supra* note 20, at 153.
- (33) Sax, *supra* note 26, at 557 (「本稿の主な目的は、広範囲の自然資源に関する公共政策を形成する上での裁判所の役割を探索することである。」); Lazarus, *supra* note 8, at 632.
- (34) Byrne, *supra* note 8, at 918.
- (35) Lazarus, *supra* note 8, at 632.
- (36) Frank, *supra* note 27, at 671-672; State v. Superior Court (Lyon), 625 P.2d 239 (Cal. 1981) (カリフォルニア州最高裁判所が、Clear Lake という湖の湖岸の低水位線 (law water line) までの部分は、本件では湖岸の土地所有者が所有権を持つものの、public trust doctrine の保護対象である、とした。); State v. Superior Court (Fogerty), 625 P.2d 256 (Cal. 1981) (カリフォルニア州最高裁判所が、

Lake Tahoe という湖を適用対象とした。); Kootenai Environmental Alliance v. State Board of Land Commissioners, 671 P.2d 1085 (Idaho 1983) (アイダホ州最高裁判所が、Lake Coeur d'Alene という湖を適用対象とした。); Lawrence v. Clark County, 254 P.3d 606 (ネバダ州最高裁判所が、現在は枯渇しているかつてのコロラド川の跡の川底及び川岸を適用対象とした。); State ex rel. Merrill v. Ohio Dept. of Natural Resources, 955 N.E.2d 935 (Ohio 2011) (オハイオ州最高裁判所が、エリー湖を適用対象とした。); Glass v. Goeckel, 703 N.W.2d 58 (Mich. 2005). (ミシガン州最高裁判所が、Lake Huron という湖を適用対象とした。) 畠山武道『アメリカの環境保護法』(北海道大学図書刊行会、1992年) 119頁。

- (37) Frank, *supra* note 27, at 674.
- (38) *Id.*
- (39) Sax, *supra* note 26, at 556、畠山、前掲注36、119頁。
- (40) Gould v. Greylock Reservation Comm'n, 350 Mass. 410, 421 (1966)、畠山、前掲注36、106-107頁。
- (41) Sax, *supra* note 26, at 494-495.
- (42) Paepcke v. Public Bldg. Comm'n, 46 Ill. 2d 330, 336 (1970).
- (43) Payne v. Kassab, 312 A.2d 86, 94-95 (1973).
- (44) Sax, *supra* note 26, at 556.
- (45) 33 Cal.3d 419, 426 (Cal. 1983). 州当局は、採水を承認する前に、public trust によって保護される利益への影響を考慮し、かかる利益に及ぶ害悪を実施可能な限度で回避又は最小化するよう努めなければならない、とした。畠山武道「公共信託理論の展開(その1) 判例タイムズ545号(1985年) 30頁、Frank, *supra* note 27, at 675.
- (46) United Plainsmen Ass'n v. N.D. State Water Conservation Comm'n, 247 N.W.2d 457, 463 (N.D. 1976); Frank, *supra* note 27, at 675.
- (47) In re Water Use Permit Applications, 9 P.3d 409, at 447; Frank, *supra* note 27, at 675-676.
- (48) Vt. Stat. Ann. tit. 10, § § 1390 (5) , 1418 (i) (2010) (ただし、「地下水採取の許可は、public trust の要請に従っているものとみなされる。」という文言を用いている。); Frank, *supra* note 27, at 676.
- (49) Idaho Code § 58-1203; Frank, *supra* note 27, at 676.
- (50) Blum, *supra* note 20, at 714. 畠山、前掲注36、120頁も、「一部の判決や立法を除けば、大気、水、その他の天然資源にまで公共信託の適用を拡大しようとする判決は見当たらず、また学説もさほど多くはない。」としている。なお、Lazarus, *supra* note 8, at 649.は、public trust doctrine が野生動植物にまで広がっ

たという文脈において、Wade v. Kramer, 459 N.E.2d 1025, 1027 (1984).を引用しているが、同判決は、結論として、橋及び高速道路の建設が public trust doctrine に違反しない旨判示したもので (*Id.*, at 1028.)、public trust doctrine が野生動植物に適用される旨直接に明言しているわけではない。

- (51) Environmental Protection Information Center v. California Dep't of Forestry and Fire Protection, 187 P.3d 888 (Cal. 2008).
- (52) *Id.*, at 926.
Frank, *supra* note 27, at 678は、「野生動植物にかかる public trust に基づく保護は立法化されており、司法による拡大の余地は全くないか殆どない、と結論付けた。」と紹介している。
- (53) Center for Biological Diversity, Inc. v. FPL Group, Inc., 83 Cal.Rptr.3d 588 (Cal. Ct. App. 2008).
- (54) *Id.*, at 602.
- (55) *Id.*, at 599.
- (56) *Id.*, at 606-607.
- (57) Blumn, *supra* note 20, at 674; Michael C. Blumn, Oregon's Public Trust Doctrine: Public Rights in Waters, Wildlife, and Beaches, 42 Env'tl. L. 375, at 394-395 (2012).
- (58) Frank, *supra* note 27, at 677-678.
- (59) *Id.*, at 679.

たとえばミシガン州では、環境保護法 (Environmental Protection Act of 1970) が、「いかなる者も、大気、水、およびその他の自然資源ならびにそれらにおける public trust を、汚染、悪化、または破壊から保護するため、宣言的またはエクイティ上の救済を求めて、いかなる者に対しても訴訟を提起することができる。」と規定している (M.C.L.A. 324.1701 (1). (“Mich.Comp.Laws Ann. § 6901.1202 (1)”と引用されることがあるが、これは同法が1994年に再編される前のもののである。)、畠山、前掲注36、38頁、120頁。)

また、ペンシルバニア州憲法は、「市民は、清浄な空気や水に対する、そして環境がもつ自然の、景勝の、歴史的な、そして審美的な価値の保護に対する、権利を有する。ペンシルバニア州の公共の自然資源は、将来世代をふくむ全市民の公共財である。州は、これらの資源の受託者として、これらを全市民の利益のために保護し維持するものとする。」と規定しており (Pa. Const. Art. 1, § 27、畠山、前掲注36、20頁)、この規定についてペンシルバニア州控訴審判例は、「ペンシルバニアの自然資源の管理に、public trust の概念を憲法的に刻印する (affix) 趣旨である。」と述べている (Payne v. Kassab, *supra* note 43, 93-94.)。

(60) Frank, *supra* note 27, at 679.

(61) *Id.*, at 680.

(62) Lazarus, *supra* note 8, at 657.

判例にはたとえば、National Audubon Society v. Superior Court, *supra* note 45, at 433-434、Center for Biological Diversity, Inc. v. FPL Group, Inc., *supra* note 53, at 596.がある。

(63) Lazarus, *supra* note 8, at 657.

(64) James L. Huffman, Speaking of Inconvenient Truths--A History of the Public Trust Doctrine, 18 Duke Envtl. L. & Pol'y F. 1, 93 (2007).

(65) Susan Morath Horner, Embryo, Not Fossil: Breathing Life into the Public Trust in Wildlife, 35 Land & Water L. Rev. 23, 33 (2000).

(66) 自由に入手できた最初のテキストであるというのがおそらくの理由で、『学説彙纂 (Digests)』(田中、前掲注3、252頁)という、ユスティニアヌス帝からローマ法の編纂を命じられた委員会により533年に『法学提要 (Institutes)』(田中、前掲注3、457頁)と共に出版されたハンドブックに、起源が求められるのが通常である(『法学提要』は、法学生のためのテキストである)。(Horner, *supra* note 65, at 31.) (ただし、これらは、ローマ帝国時代の市民の権利の実態を反映したものというよりは、ユスティニアヌス帝自身の法的枠組みの理想像に過ぎない、という指摘もあるし (Lazarus, *supra* note 8, at 634.)、ローマ帝国時代には自然資源に対する市民の権利を保護するような法理論は存在しなかった、という所説もある (*Id.*)。さらに、ユスティニアヌス帝より前の皇帝の著作や、古代ギリシアにおける理念、特にストア派の自然法思想にまで起源を遡る所説もある。(*Id.*)

『学説彙纂』あるいは『法学提要』の具体的にどの部分に起源を求められるのかについては、いくつかの異なる指摘が見られる。

Horner, *supra* note 65, at 31-32. は、『学説彙纂』が私法を *jus civile*、*jus gentium*、*jus naturale* の3つに分類し、*jus naturale* について、「人類のみならず、すべての動物に共通する法」としている点に着目し、これは自然界の自由を認知したものである、とする。

また、Joseph L. Sax, Liberating the Public Trust Doctrine, 14 U.C. Davis L. Rev. 185, 186 (1980). は、ローマにおいて、私有財産、神が所有する寺院、及び州が所有する公共建築物とは異なり、海岸や野生動植物は、*res communis* 又は *res nullius* と分類され、何者にも属さないもの、とされている点に着目する。

さらに、裁判所が最も多く引用する (Huffman, *supra* note 64, at 11.) のが、ヘイル裁判官 (Lord Chief Justice Hale) による論文 (Matthew Hale, De Jure

Maris et Brachiorum Ejusdem (1670), *reprinted in* Stuart A. Moore, A History of the Foreshore and the Law Relating thereto 370 (1888).) であり、同論文は、*jus publicum* (一般市民の権利)、*jus regium* (一般市民の安全・福祉のために資源を管理する国王の権利)、及び *jus privatum* (私人の権原) という区別を初めて提示し (Lazarus, *supra* note 8, at 636.)、*jus privatum* は、それによって公共の川や入り海が公共の用に供されるところの *jus publicum* を害してはならない。」と述べた (Hale, at 389.)。この Hale の論文は public trust の概念を認知 (明言) しているわけではないが (Lynda L. Butler, The Commons Concept: An Historical Concept with Modern Relevance, 23 Wm. & Mary L. Rev. 835, 862-863.)、国王は *jus regium* の下、市民の権利の擁護者であるから、*jus publicum* を保護する信託的義務を負う、という議論を Hale の同論文から導き出すことが可能であるとされる (*Id.*, at 863.)。Hale の同論文を引用する判例としてたとえば、イリノイ・セントラル (前掲注28) がある。

- (67) 33 Cal.3d 419, 441.
- (68) Center for Biological Diversity, Inc. v. FPL Group, Inc., *supra* note 53, at 601.
- (69) Deborah G. Musiker et al., The Public Trust and Parens Patriae Doctrines: Protecting Wildlife in Uncertain Political Times, 16 Pub. Land L. Rev. 87, 112 (1995).
- (70) Blumn, *supra* note 20, at 713.
- (71) Lazarus, *supra* note 8, at 637.
- (72) *Id.*, at 651, 687.
- (73) 360 N.E.2d 773, at 781 (1976).
- (74) National Audubon Society v. Superior Court, *supra* note 45, at 441.
- (75) Payne v. Kassab, *supra* note 43, at 94-95 (1973).
- (76) National Audubon Society v. Superior Court, *supra* note 45, at 426, 447.
- (77) Jack H. Archer, The Interaction of the Public Trust and the “Takings” Doctrines: Protecting Wetlands and Critical Coastal Areas, 20 Vt. L. Rev. 81, 108-111 (1995); Bryne, *supra* note 8, at 916, 924.
- (78) “investment-backed expectations”(投資に基づく期待) とは、合理的な “investment-backed expectations” が害されれば taking になる、という形で、taking に該当するか否かを判断するため判例上もちいられている指標である。判例にはたとえば、Lucas v. South Carolina Coastal Council, *supra* note 22.がある。同判例は、経済的に有益なすべての用途を禁ずる規制は類型的に taking となるところ (*Id.* at 1015-1016.)、そのようにすべての価値が奪われるかどうかは、合理的な investment-backed expectations に反するかどうかによって判断されなければなら

ない (*Id.* at 1034.)、と判示した。

- (79) *Orion Corp. v. State*, 747 P.2d 1062, 1082-1083 (Wash. 1987).
- (80) *Esplanade Props., LLC. v. City of Seattle*, 307 F.3d 978, 985-987 (9th Cir. 2002).
- (81) *McQueen v. S.C. Coastal Council*, 580 S.E.2d 116, 150-151 (S.C. 2003).
- (82) *Illinois Central Railroad Co. v. Illinois*, *supra* note 28, at 453.
- (83) *United States Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1 (1977).におけるブレナン裁判官 (Justice Brennan) 反対意見は、「すべての財産権は、たとえ州との契約によって取得されたものであっても、環境保護の領域における州の立法権の合理的な行使に服する、という原則」を表したものとして、このイリノイ・セントラル判決を引用している。*Id.* at 50.
- (84) *People v. California Fish Co.*, 166 Cal. 576, 597-598 (Cal. 1913).
- (85) *People v. Poveromo*, 71 Misc.2d 524, 534 (N.Y.Dist.Ct. 1972).
- (86) *Douglas v. Seacoast Products, Inc.*, 431 U.S. 265, 284 (1977).
- (87) *National Audubon Society v. Superior Court*, *supra* note 45, at 425.
- (88) *Center for Biological Diversity, Inc. v. FPL Group, Inc.*, *supra* note 53, at 601.
- (89) *Horner*, *supra* note 65, at 63-64.は、ペンシルバニア州の一連の判例を挙げるが、これらの判例は、(その後の用途はともかく) 土地の譲渡自体は環境を害さないという点に着目したに過ぎないもの (*Borough of Moosic v. Pennsylvania Public Utility Commission*, 429 A.2d 1237 (Pa. Cmwlth., 1981).)、廃棄物の埋立地の建設による環境破壊が問題となったもの (*National Solid Waste Management Association v. Casey*, 600 A.2d 260 (Pa. Cmwlth., 1991).)、ショッピングモールとなっているエリアの高速道路建設が問題となったもの (*Snelling v. Department of Transportation*, 366 A.2d 1298 (Pa.Cmwlth. 1976).) などであり、いずれもそもそも public trust doctrine が問題とならないと言いうる事案である。また同様に、*Lazarus*, *supra* note 8, at 687.は、連邦最高裁判例 (*Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971).) を挙げるが、同判例はショッピングモールとなっているエリアにおける高速道路の建設が問題となったものであり、やはり public trust doctrine の保護対象外と言いうる事案である。
- (90) *Lazarus*, *supra* note 8, at 688-689.
- (91) *Id.*, at 711-712.
- (92) *Id.*, at 674.
- (93) 国家環境政策法 (National Environmental Policy Act of 1969, Pub. L. 91-190, Jan. 1, 1970, 83 Stat. 852 (42 U.S.C. § 4321 et seq.)) を実施する連邦政府の機関は一般的に、行政手続法 (Administrative Procedures Act, Pub. L. No. 79-404, 60 Stat. 237 (1946).) に服することになるので、適切な国家環境政策法の手続を

- 経たとしても、その手続において得られた情報に照らして恣意的 (arbitrary or capricious) な決定であれば、行政手続法によって無効となる (5 U.S.C.A. § 706 (2) (A).)。連邦最高裁は、この行政手続法の要求は、連邦政府の機関が環境面の帰結を見据える (take a hard look) ことを求めるものだとして解している (Robertson v. Methow Valley Citizens Council, 490 U.S. 332, 350 (1989).)。
- “take a hard look (見据える)”とは具体的に何を意味するのかについて、第4巡回区控訴裁判所は、「規則のような正確さをもって述べることはできないが、少なくとも、行政機関の行為がもたらす環境面での影響を徹底的に精査し、そうした影響が含意するリスクを包み隠さず認めることを含む」としている (National Audubon Society v. Department of the Navy, 422 F. 3d 174, 185 (4th Cir. 2005).)。
- (94) William D. Araiza, The Public Trust Doctrine as an Interpretive Canon, 45 U.C. Davis L. Rev. 693 (2012).
- (95) 山村恒年『行政法と合理的行政過程論—行政裁量論の代替規範論』(慈学社、2006年) 475頁は、「従来の行政法のテキストでは、はじめに裁量の公式ありきの考え方に基づいて説明されてきた。」とする。
- (96) たとえば、櫻井敬子＝橋本博之『行政法〔第2版〕』(弘文堂、2009年) 116-118頁。
- (97) 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。
- (98) 本事案で問題となった出入国管理及び難民認定法は、「法務大臣は、当該外国人が提出した文書により在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる」と規定しており (21条3項)、更新の不許可については法務大臣のまったくの自由裁量であるかのような文言を用いている。しかし、このような文言を用いている場合でも、裁量に一定の制約をかける趣旨であると解すべき場合はあると考える (参考、宇賀克也『行政法概説 I 第3版』(有斐閣、2009年) 312頁)。
- 自由裁量が認められるかのような法の文言になっていても、裁量に制約があることを示した判例に、最判平成元年11月24日 (民集43巻10号1169頁) がある。本件では、京都府知事が、ある宅建業者に対し業務の停止や免許の取消しをしなかったことが、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるか否かが問題の一つとなった。最高裁は、「知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、…違法の評価を受けるものではない」と述べ、自由裁量が認められるかのような宅地建物取引業法の規定文言にも関わらず、知事の裁量に制約があることを示した。(同法は、業務の停止や免許の取消について、「…都道府県知事は、…業務の全部又は一部の停止を命ずることができる。」(65条2項)「…都道府県知事は、

…免許を取り消すことができる。」(66条2項)(ただし、1項は必要的取消。)と規定している。)

なお、マクリーン事件の事案において、いかなる憲法上の人権保障が問題となるかという点については、本稿では省略する。

(99) 山村、前掲注95、474頁以下は、「行政法理論も裁量統制論から法目的合理性統制論に変化すべきである。」とする。

(100) 宇賀、前掲注98、301頁。

(101) 宇賀、前掲注98、293頁。

(102) 大阪高判昭和44年9月30日(高民22巻5号682頁)は、神戸税関がスコッチライトについて30%の関税を賦課・徴収した処分が、結果的に関税定率法の正しい解釈に基づく課・徴税処分ではあるが、横浜税関及び大阪税関伊丹出張所が、異なる解釈に基づいて20%の関税を賦課・徴収していたという状況の下では、課・徴税平等の原則により、そのように多数の税務官庁が採用したところの軽減された税率の方が実定法上正当なものとなり、この税率を超過する処分は違法となる、とした。関税定率法の趣旨を、租税平等原則という憲法的価値により限定したものといえ、拙論と軌を一にするだろう。(なお、租税平等原則の適用の方法としては、他の税関において過小課税した分を追徴すべきであったとする指摘がある(宇賀、前掲注98、57頁)。)

(103) 近時の「公共の福祉」論は、単純に人権制約原理として「公共の福祉」を捉える従来のものとは異なっているが(たとえば、松本和彦「公共の福祉の概念」公法研究67号(2005年)139頁以下)、この点には立ち入らない。

(104) 野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ(第5版)』(有斐閣、2012年)261頁。

(105) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)186頁、辻村みよ子『憲法 第3版』(日本評論社、2008年)309頁。

(106) 松本、前掲注1、20-21頁。

(107) 野中ほか、前掲注104、507頁(生存権について)、大塚直『環境法 第3版』(有斐閣、2010年)682頁。

(108) 青柳幸一「環境権と司法的救済」公法研究58号(1996年)109頁。

(109) 松本、前掲注1、28頁。

(110) 北村喜宣「環境法における公共性」公法研究54号(1992年)204-205頁が、公有水面埋立法などに規定された「環境配慮条項」について、他の法律に明示の規定がない場合でもそれは立法の偶然であり、環境への影響が大きい行為の基礎となる処分等の場合は環境配慮が求められるという不文の行為規範がある、とする。所論はもっともであると考える。(自由裁量を認めるかのような文言の場合でも

- 裁量に制約を課しうる点につき、注98参照。)ただし、明文があれば具体的行為規範はそれにより定まる。環境影響評価法の場合は、下記Ⅳ.2(1)および(2)のとおり、明文規定が存在し、その内容は、行政に調査義務を課すものではなく、行政の許認可も制約しないものと解されるので、環境アセスメントの瑕疵や不当(「環境保護関心」に関するもの)によって行政の違法性は生じないと考える。
- (111) 野中ほか、前掲注104、503頁。
- (112) 大阪高判昭和50年11月10日行集26巻10=11号1268頁(堀木訴訟控訴審判決)。
- (113) 松本、前掲注1、28-29頁。
- (114) ただし、ある利益がpublic trust doctrineの保護対象となるということは、市民の利害関係の強さゆえ、行政行為の適法性がより厳格な審査基準に服するということであり(上記Ⅱ3.(1)b.および(5))、その利益を憲法が保護しているか否かとは関係がない。この点は、「環境保護関心」を保護していない我が国の憲法(判例)とは区別して把握する必要があるので、念のため注記する。
- (115) 「環境権」に言及した各州の条項の、憲法的保護の強度の差異について、畠山、前掲注36、21頁。
- (116) West's Ann.Cal.Const. Art. 1, § 7.
- (117) 大塚、前掲注107、57頁、682頁、淡路剛久「環境権の確立を求めて」公害研究20巻1号(1990年)21頁。海外の状況について、淡路、21頁以下、淡路剛久「フランス環境憲章について」ジュリスト1325号(2006年)98頁以下。
- (118) 川井健『民法概論4(債権各論)[補訂版]』(有斐閣、2010年)493頁、内田貴『民法Ⅱ第3版』(東京大学出版会、2011年)479頁、加藤一郎編『注釈民法(19)債権(10)』(1965年)、349頁(「賠償責任発生よりも一段高い要件を必要とし慎重な利益較量を要求」)。
- (119) アセスメント手続の欠如ないし不備があればそれだけで差止請求を認めるべきとする説、アセスメント手続の欠如ないし不備と被害発生の蓋然性があれば差止請求を認めるべきであるとする説、アセスメントの欠如ないし不備は、被害発生の高度の蓋然性を事実上推定させるとする説等が、井口博「環境影響評価法と民事訴訟」畠山武道=井口博『環境影響評価法実務』190頁(信山社、2000年)において分類されている。佐藤泉=池田直樹=越智敏裕『実務環境法講義』(民事法研究会、2008年)51頁は、「環境影響評価の不備が(受忍限度を超える)被害発生の蓋然性を事実上推定させるものと解すべきだとする考え方もあり、傾聴に値する。」とする。大塚、前掲注107、283頁は、「手続に不実施又は重大な不備があった場合には、…被害発生の蓋然性の証明が事実上推定され、それだけで差止請求が認容される」とする。

(120) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ第2版』(有斐閣、2009年)123頁。

(121) この問題は、これまで明瞭に論ぜられていないように見受けられる。水野武夫「環境影響評価法違反を理由とする裁判」山村恒年先生古稀記念論集『環境法学の生成と未来』(信山社出版、1999年)429頁、443頁は、「手続を重視するアセスにあつては、手続違反が存する場合には、それに基づく免許等の処分も違法となると解すべきである。」としているが、環境アセスメントをおこなう主体が国ではなく事業者であるという点をいかなる論理で乗り越えているのか不明である。また、畠山武道「環境影響評価法と取消訴訟の原告訴訟」小早川光郎=宇賀克也編『行政法の発展と変革 下巻』(有斐閣、2001年)223頁は、住民が環境影響評価法の手続違反や評価書の不備を主張する場合に「手続の瑕疵と処分の効力」の問題が争点となるとしているが、環境アセスメントをおこなう主体が国ではなく事業者であるという点への言及はされていない。なお、那覇地判平成20年11月19日(判例地方自治328号43頁)で環境アセスメントをおこなっている主体は国である。

(122) 「連邦政府のすべての機関は、…環境の質に重大な影響を与える主要な連邦政府の行為を提案する勧告や報告の中に、提案する行為のもつ環境上の影響についての詳細な報告書を含めるものとする。」と規定している(42 U.S.C. § 4332 (2) (C) (i).)。

(123) 北村、前掲注1、295-296頁。

(124) 1997年4月10日の衆議院会議において、長内順一議員が、「事業者みずからがアセスメントの方法を決め、みずから評価をし評価書をつくるのであれば、これまでの閣議アセスと何ら変わりがないのであります。自分で試験問題をつくり、自分で解答をし、自分で採点をするということでもありますから、まさに事業者による自作自演と言えるのであります。これでは中立公正な観点からの評価が到底保障されるとは思われません。」と述べ(第140回国会衆議院会議録第24号(平成9年4月10日)3頁)、これを受けて2009年4月11日の環境委員会において、谷津義男議員が、「事業者がみずからの事業を自己採点するようなもので、ちょっと信頼性に欠けるんじゃないか」と質疑をおこなったのに対し、田中健次環境庁企画調整局長が、「アメリカを除きまして原則として事業者が環境影響評価の作成を行うことにされております。」と答弁している(第140回国会衆議院環境委員会議録第3号(平成9年4月11日)10頁)。

(125) 『逐条解説 環境影響評価法』(ぎょうせい、1999年)140-142頁。

(126) 1997年4月10日の衆議院会議において、桑原豊議員が、「環境庁長官…の意見提出の前提として、例えば審議会や専門家の活用などにより環境庁長官の意見が形成されるような仕組みをつくるべきではないか」と質疑したのに対し、石井道

子環境庁長官が、「必要に応じ専門家の知識や経験も活用しつつ、さらに適切な意見の形成に努めてまいります。」と答弁している（第140回国会衆議院会議録第24号（平成9年4月10日）5頁）。また同様に、同年同月15日の環境委員会において、辻元清美議員が、「書類審査だけではなくて、環境庁は独自に調査もするかもしれないということを持ち、初めて重みを持つてくると思うんです。」と質疑したのに対し、石井道子環境庁長官が、「意見を述べるに際しましては、必要に応じて専門家の知識や経験も活用して適切な意見形成に努めて、審査の信頼性を高めていきたいと考えております。」と答弁している（第140回国会衆議院環境委員会会議録第4号（平成9年4月15日）30-31頁）。

- (127) 環境アセスメントに瑕疵がある場合、許認可自体に直接的な瑕疵が存在するのではなく、その前段階の手続に瑕疵がある、という構図になるため、論点となる。

最高裁判例はこの論点について、（聴聞）手続の瑕疵が結果に影響を及ぼす可能性がある場合にのみ処分の違法をもたらす、と判断している（最判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁（個人タクシー事件）、最判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁（群馬中央バス事件））。よって、環境アセスメントの瑕疵が許認可に影響を及ぼす可能性があるといえるかどうかという問題となるが、かかる可能性は肯定できるのではないか（同旨、大塚、前掲注107、284頁）。

- (128) 1997年4月22日の環境委員会において、河野昭一教授が、「アセス法は、やはり手続法としての性格だけではもはやだめなのではないか。つまり、…実質的な拘束力を持った実体法的な性格を持たすことが非常に重要になってくるのではないかと思います。」と陳述している（第140回国会衆議院環境委員会会議録第6号（その2）（平成9年4月22日）5頁）。

- (129) 第142回国会参議院会議録第25号（平成10年5月11日）9頁（海野義孝議員の質疑）および11頁（堀内光雄通商産業大臣の答弁）。

- (130) 国土交通省・環境省「東日本大震災復興特別区域法に基づく特定環境影響評価の技術手引（案）」（平成24年5月）

- (131) Robertson v. Methow Valley Citizens Council, 490 U.S. 332, 350.

- (132) 例えば、黒川哲志、奥田進一編『環境法へのアプローチ』（成文堂、2007年）93頁〔野村摂雄〕は、「許認可を受けようとしている事業…は、当該事業に関する法律が求める要件…を満たすだけでは不十分で、環境アセスを行って、環境の保全の見地から適切な事業であると認められなければ許認可等を受けられない」とし、事業により侵害される人権・関心の何如を考慮していないようである。『逐条解説 環境影響評価法』（前掲注125）180頁は、「重大な環境保全上の支障が生ずることが明らかに見込まれる場合には、行政庁は免許等を拒否しなければなら

ない」としており、「重大な環境保全上の支障」の意味内容を分析的に論じていない。大塚直＝北村喜宣編『環境法ケースブック第2版』184頁〔島村健〕（有斐閣、2009年）も同様である。

- (133) 例えば、大久保規子「環境影響評価と訴訟改革」環境と公害40巻2号（2010年）26頁、大塚、前掲注107、714頁。

- (134) 横浜地判平成13年6月27日（判例地方自治254号68頁）参照。

- (135) なお、同判例は、「地方教育行政の組織及び運営に関する法律」が、教育行政については教育委員会の権限とし、教育行政の運営のために必要な財務会計上の事務については地方公共団体の長の権限とし、そして、地方公共団体の長は教育委員会の固有の権限内容にまで介入し得ない、という権限配分を定めている点を論拠としている。しかし、問題は地方公共団体の長が教育委員会の権限に介入できるかどうかではなくて、財務会計上の事務の遂行を通じ、教育委員会のおこなう教育行政に対し最終チェックを働かせる地方公共団体の長の役割が、適切に果たされたかどうかである。端的に、原因行為の違法と財務会計行為の違法とは判断基準が異なる、という論拠を用いるべきであると思う。

- (136) 神戸地判平成17年8月24日（判例タイムズ1241号98頁）参照。同判例は、「先行行為たる…環境影響評価書の提出に違法があるとしても、かかる違法により、本件用地を小型固定翼機の駐機場として利用することが当然に禁じられるという関係にはない」と述べている。

- (137) 横浜地判平成13年6月27日（判例地方自治254号68頁）参照。ただし同判例は、「仮にアセス手続を実施していたとしても、その後開発区域を1ヘクタール未満に縮小した新規の開発行為を開始するという形式をとることにより、結局アセス手続を要することなく対処できたであろう」という点を主要な論拠としており、環境アセスメントの違法と損害との関連性について一般的に論じたものではない。「一般的にアセス手続を経ずにされた公金支出の違法が損害発生をもたらさない」とまでいうものではない」と述べるにとどまっている。

- (138) 日本弁護士連合会『今後の環境影響評価制度の在り方について（案）（環境影響評価制度専門委員会報告案）に対する意見』（2010年2月12日）、大久保規子「環境影響評価法の2011年改正について」ジュリストNo.1430（2011年）30頁など。

- (139) 大塚、前掲注107、275頁。

- (140) 北村、前掲注1、49-52頁、松本、前掲注1、24頁（「公共財（公益）をどのように使用し、どのように配分するかは、民主的な政治過程において決定されるべき事柄である。環境に対する評価が人によって異なることを思うと、目指すべき環境状態についても議論を重ねて合意を得るよう努めなければならない。」）。

Lazarus, *supra* note 8, at 712.も、司法は環境保護のためにもっとも適した地位にあるわけではない旨論じている。形骸化した参加手続はむしろ有害無益であるという指摘があるが（参考、大久保規子「オーストラリアの環境裁判所と司法アクセスの保障—ニューサウスウェールズ州を中心として」淡路剛久先生古稀祝賀『社会の発展と権利の創造』767頁）、形骸化を防ぐ制度的手当をすべきであって、「環境保護関心」を司法により救済すべきことにはならないと考える。